



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

48 Cg 24/13h-23

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528-0

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien hat durch seinen Richter Andreas Pablik in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], [REDACTED] Wien, vertreten durch Mag. Eric Breiteneder, Rechtsanwalt in 1010 Wien, wider die beklagte Partei **Lyonesse Europe AG**, Bahnhofstraße 7, CH-9470 Buchs, Schweiz, vertreten durch Reif und Partner Rechtsanwälte OG in 8020 Graz, wegen (zuletzt) **EUR 2.648,29** samt Anhang

I.

in der Tagsatzung vom 5.3.2014 folgenden **Beschluss** gefasst:

Der Einwand der sachlichen Unzuständigkeit des Handelsgerichts Wien wird verworfen;

und

II.

in dieser Rechtssache nach öffentlicher mündlicher Verhandlung **zu Recht erkannt:**

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen EUR 2.648,29 samt 4 % Zinsen seit 1.11.2013 zu zahlen und ihr deren mit EUR 3.361,64 bestimmten Kosten dieses Verfahrens (darin enthalten EUR 715,40 Barauslagen und EUR 442,44 USt) zu Handen ihres Klagevertreters zu ersetzen.

I. BEGRÜNDUNG:

Die Beklagte begründete ihren Einwand der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts mit der Behauptung, sie sei kein im Firmenbuch eingetragenes Unternehmen (Klagebeantwortung

S. 6). Zum Beweis für dieses Vorbringen beantragte sie die Parteienvernehmung ihres Direktors und ihres Verwaltungsrats.

Die Klägerin brachte zur sachlichen Zuständigkeit vor, die Beklagte habe ihren Registersitz in der Schweiz (Klage S. 2).

Aus den vorliegenden Urkunden (. /K, . /1, . /2) ergibt sich, dass die Beklagte unter der Firmennummer CH-170.3.026.427-4 des Handelsregisteramtes des Kantons St. Gallen in das Hauptregister eingetragen ist. Die zur Parteienvernehmung von der Beklagten beantragten und ordnungsgemäß geladenen Personen (■■■■■■ ■■■■■■ ■■■■■■) erschienen ohne Begründung nicht zu ihrer Einvernahme, sodass für das Gericht die Eintragung der Beklagten in das (schweizerische) Register erwiesen ist.

Gemäß § 51 Abs 1 Z 1 JN ist das Handelsgericht zuständig für Streitigkeiten aus unternehmensbezogenen Geschäften, wenn die Klage gegen einen im Firmenbuch eingetragenen Unternehmer gerichtet ist und das Geschäft auf Seiten des Beklagten ein unternehmensbezogenes Geschäft ist. Bei der Beklagten handelt es sich um eine im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz. Es entspricht völlig einhelliger und ständiger Rechtsprechung, dass der Anwendungsbereich der Zuständigkeitsbestimmung des § 51 Abs 1 Z 1 JN auch Klagen gegen nicht im österreichischen Firmenbuch eingetragene Rechtsträger ausländischer Unternehmen umfasst, sofern diese ihrem Wesen nach den typischerweise im österreichischen Firmenbuch eingetragenen Unternehmen annähernd entsprechen und der ausländische Rechtsträger in einem Register seines Sitzstaats eingetragen ist; ersteres trifft jedenfalls auf solche ausländische Gesellschaftsformen zu, die mit den inländischen Unternehmen kraft Rechtsform (§ 2 UGB) vergleichbar sind, also insbesondere Aktiengesellschaft oder GmbH (vgl 2 Ob 67/08d; 6 Ob 43/13m; RS0123482). Dies trifft auch auf eine Schweizerische Aktiengesellschaft zu. Der Einwand der sachlichen Unzuständigkeit des Handelsgerichtes Wien war daher zu verwerfen.

II. ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Folgender Sachverhalt steht außer Streit, wurde nicht oder nur unsubstantiiert bestritten bzw. ergibt sich ohne abweichendem Beweisergebnis aus den vorgelegten, unbedenklichen Urkunden:

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten über das Internet Warengutscheine und leistete am 6.5.2011 eine Anzahlung von EUR 2.005,-- und am 11.5.2011 eine Anzahlung von EUR 25.000,-- an die beklagte Partei. Sie wurde damit zu einer von der Beklagten so

genannten „Businesskundin“, da ihr Einkaufsvolumen EUR 20.000,-- überschritt. Die Gutscheine sollten zum Bezug bei Partnerunternehmen der von der Beklagten organisierten Einkaufsgemeinschaft berechtigen, sie wurden bis zum Schluss der Verhandlung nicht an die Klägerin geliefert. Eine Übergabe der Gutscheine an deren Besteller erfolgt erst dann, wenn neben der Anzahlung auch der Restbetrag an die Beklagte geleistet wird. Dies kann entweder durch unmittelbare Zahlung geschehen, oder durch Gutschrift von Vergütungen, die für eigene Umsätze oder Umsätze von Mitgliedern der Einkaufsgemeinschaft, die vom Besteller geworben wurden, erzielt wurden.

Die Klägerin erhielt gutgeschriebene Vergütungen von insgesamt EUR 36,11.

Mit Schreiben vom 3.4.2013 erklärte die Klägerin gegenüber der beklagten Partei den Rücktritt von den Verträgen, der der beklagten Partei auch zuring.

Am 31.10.2013 leistete die Beklagte eine Zahlung von EUR 27.000,-- an die Klägerin.

Die **Klägerin** begehrte die Rückabwicklung der Verträge und daher zunächst die Zahlung von EUR 27.005,--. Nach Zahlung von EUR 27.000,-- durch die beklagte Partei schränkte sie das Klagebegehren zuerst auf EUR 2.660,38 ein. Aufgrund der außer Streit gestellten Vergütungen, die die Klägerin lukriert hat, schränkte sie ihr Begehren in der Folge auf EUR 2.648,29 samt 4 % Zinsen seit 1.11.2013 ein.

Die Zulässigkeit des Vertragsrücktritts und damit einhergehend das Bestehen die geltend gemachten Ansprüche stützte sie auf § 27 KSchG, § 5e KSchG, § 6 Abs 1 und 3 KSchG, § 879 Abs 1 und 3 ABGB und § 5 KMG. In der Folge wird nur auf das Vorbringen zu § 5e KSchG eingegangen.

Die Klägerin brachte vor, sie habe als Verbraucherin die Bestellscheine für die Gutscheine aus dem Internet heruntergeladen und sodann ausgefüllt an die Beklagte gesandt, ohne dass es einen persönlichen Kontakt mit Mitarbeitern der Beklagten gegeben habe. Die Frist des § 5e Abs 2 KSchG sei noch nicht in Gang gesetzt worden, da die Gutscheine noch nicht geliefert worden seien.

Neben dem geforderten Betrag von EUR 2.648,29, den die Klägerin einerseits als restlichen Kapitalbetrag, in eventu aber auch als kapitalisierte bis zur Zahlung der Beklagten angefallene Zinsen qualifizierte, begehrte die Klägerin auch gesetzliche Zinsen in Höhe von 4%, die ab dem Zeitpunkt der von ihr geleisteten Zahlung zustehen.

Die **beklagte Partei** bestritt das Begehren dem Grunde und der Höhe nach und führte zum

Rücktritt § 5e KSchG aus, die Klägerin habe die Verträge nicht als Konsumentin abgeschlossen, sondern sei unternehmerisch tätig geworden. Sie habe nämlich regelmäßig und methodisch Personen für das Geschäftsmodell der beklagten Partei angeworben und von deren Anwerbung laufend profitiert. Dazu habe sie ihre Lyoness-Mitgliedschaft und die erworbenen Pakete genutzt. Ein Rücktritt nach KSchG stehe der Klägerin als Unternehmerin damit nicht zu.

Überdies sei der Rücktritt nicht innerhalb offener Frist nach § 5e Abs 2 KSchG erfolgt. Die Klägerin habe von den Vorteilen des Lyoness-Vergütungssystem profitieren wollen. Die Beklagte habe daher eine Dienstleistung angeboten, weswegen die dafür vorgesehene Rücktrittsfrist bereits vor der Erklärung des Vertragsrücktritts abgelaufen gewesen sei.

Außerdem stehe § 5f Abs 1 Z 3 KSchG einem Rücktritt der Klägerin entgegen, da jeder Kunde der Beklagten nach seiner Anzahlungen individuell im Vergütungsmodell eingestuft werde.

Die Beklagte bestreite auch das Zinsenbegehren, da gesetzliche Zinsen erst ab Fälligkeit und damit frühestens mit Ausübung des Rücktrittsrechts zustehen.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden ./A bis ./R und ./1 bis ./14 sowie durch Einvernahme der Zeugin K■■■■■■■■■■ und des Zeugen C■■■■■■■■■■ sowie der Klägerin als Partei.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht **über den eingangs bereits wiedergegebenen Sachverhalt als erwiesen fest:**

Die Klägerin wurde von einem Bekannten für das Geschäftsmodell der beklagten Partei angeworben. Eine unternehmerische Tätigkeit der Klägerin vor oder bei Abschluss der gegenständlichen Verträge kann nicht festgestellt werden. Die Klägerin war bis November 2010 Bankangestellte und seit Oktober 2010 Studentin. Sie war zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht selbständig tätig.

Die geleisteten Zahlungen bzw. Gutschriften zwischen den Parteien und die sich daraus ergebenden Differenzbeträge werden wie aus der Beilage ./R ersichtlich festgestellt. Diese Aufstellung ist als Teil der Feststellungen dem Urteil angeschlossen.

Der festgestellte Sachverhalt gründet auf **folgender Beweiswürdigung:**

Die Negativfeststellung zur Unternehmereigenschaft der Klägerin beruht auf deren glaubwürdiger Aussage. Die Beklagte bot auch keine zielführenden Beweise an, durch deren Aufnahme eine derartige Tätigkeit feststellbar gewesen wäre. Die angebotenen Beweise, insbesondere die Zeugen Schwartz und Schreuer, konnten dazu keine Angaben machen. Es wird in diesem Zusammenhang auch auf die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung zum Gründungsgeschäft verwiesen, aus denen sich die Untauglichkeit des gesamten Vorbringens der Beklagten zur Unternehmereigenschaft der Klägerin erhellt. Selbst wenn die beantragten Beweise eine unternehmerische Anwerbetätigkeit der Klägerin nachgewiesen hätten (was nicht der Fall ist), wäre damit noch nicht bewiesen, dass die Klägerin bereits bei Vertragsabschluss als Unternehmerin aufgetreten wäre. Das wurde von der Beklagten bei genauer Betrachtung ihres Vorbringens auch gar nicht behauptet. Unabhängig von der sich daraus ergebenden Irrelevanz des Beweisthemas zum Zeugen B■■■■ war dessen Einvernahme schon deshalb nicht möglich, da der Beklagtenvertreter keine weiteren Anträge stellte, obwohl sich in der letzten Tagsatzung ergab, dass von der Beklagten eine falsche Ladungsadressen angegeben wurde und die Ladung daher scheiterte.

Dass der Beklagtenvertreter zu beiden Tagsatzung völlig unvorbereitet und zur zweiten Tagsatzung überdies sogar überhaupt nur verspätet und nach Anruf des Richters erschienen ist, alle von der beklagten Partei zur Parteienvernehmung beantragten Personen der Ladung des Gerichts ohne Angabe von Gründen nicht Folge geleistet haben und die Beklagte Prozesshandlungen setzte, die bei objektiver Betrachtung wohl nur als prozessverschleppend und/oder schikanös betrachtet werden können (wie z.B. die Bestreitung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts mit der bereits wiedergegebenen, völlig haltlosen Begründung oder das Stellen mehrerer Unterbrechungsanträge), konnte nur dahingehend gewürdigt werden, dass sich die Beklagte der Aussichtslosigkeit ihres Prozesstandpunkts bewusst ist und den Ausführungen der Klägerin in Wahrheit nichts Inhaltliches entgegen zu setzen hat.

Zur Klagshöhe bleibt auszuführen, dass die Beklagte der Richtigkeit der (rechnerisch auch nachvollziehbaren) vorgelegten Aufschlüsselung ./R nichts entgegengesetzte, sodass sie Zahlen entsprechend festgestellt werden konnten. Nachdem die Klägerin sich nach den Erörterungen zur Anrechnung der von der Beklagten geleisteten Zahlung in eventu auch der Meinung des Gerichts anschloss, wonach der Betrag primär auf die Kapitalien anzurechnen sei (siehe dazu die Erörterungen in der vorbereitenden Tagsatzung und den daraufhin eingebrachten Schriftsatz ON 14), erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf diese Problematik mangels Entscheidungsrelevanz.

Es erübrigten sich auch weitere Feststellungen zum Treue- bzw. Bonus-System der Beklagten, die zu ihrem System im Kern unbestrittenes Vorbringen erstattete, da

verfahrensgegenständlich nicht die Mitgliedschaft der Klägerin beim System der Beklagten, sondern lediglich die beiden konkreten Gutschein-Kaufverträge sind. Die Teilnahme am Businesssystem der Beklagten ist lediglich Folge der Bestellung. Sämtliche behaupteten lukrierten Zahlungen hat sich die Klägerin anrechnen lassen, weitere Vorteile wurden nicht einmal konkret behauptet.

Rechtlich folgt aus dem festgestellten Sachverhalt:

Verbraucher ist gemäß § 1 KSchG, wer nicht Unternehmer ist, also keine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit hat, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt (Gründungsgeschäfte), gehören gemäß § 1 Abs 3 KSchG jedenfalls noch nicht zum unternehmerischen Geschäftsbetrieb.

Bei Vertragsabschluss mit der Beklagten war die Klägerin mangels Entfaltung einer unternehmerischen Tätigkeit Verbraucherin iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG. Bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Vertragsrücktritts ist auf das Vorliegen der Verbrauchereigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen, sodass auch eine spätere unternehmerische Tätigkeit zum Zeitpunkt der Ausübung des Rücktrittsrechts nicht schadet, da dem Konsumenten in sinngemäßer Anwendung des § 1 Abs 3 KSchG weiterhin der Verbraucherschutz zu Gute kommt (vgl zuletzt 6 Ob 19/14h). Wie bereits ausgeführt, stünde damit ein späteres professionelles Anwerben der Klägerin ihrer Eigenschaft als Konsumentin im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags selbst dann nicht entgegen, wenn sie den Vertrag mit dem Plan, sodann im Rahmen der Einkaufsgemeinschaft der Beklagten unternehmerisch tätig zu werden, abgeschlossen hätte.

Bei den von der Klägerin mit der Beklagten geschlossenen Verträgen handelt es sich um im Fernabsatz geschlossene Verträge gemäß § 5a Abs 1 KSchG, da der Abschluss unter ausschließlicher Verwendung des Internets erfolgte, sohin eines Fernkommunikationsmittels gemäß § 5a Abs 2 KSchG. Überdies bedient sich die Beklagte unstrittig eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems durch Einrichtung ihrer Homepage zu Vertriebszwecken (vgl *Krejci* in Rummel (Hrsg) ABGB³ § 5 KSchG Rz 7).

Das Rücktrittsrecht muss gemäß § 5e Abs 2 KSchG innerhalb einer Frist von sieben Werktagen ausgeübt werden. Diese Frist beginnt bei Warenlieferungsverträgen mit dem Tag des Eingangs der Ware beim Verbraucher zu laufen, bei Dienstleistungsverträgen mit Vertragsabschluss. Gegenstand der Verträge war der Kauf von Warengutscheinen. Mag der Betrag auch für sonstige Vorteile der Klägerin aufgrund des Systems der Beklagten

angerechnet worden seien, so bleibt nichtsdestotrotz die Hauptleistung der Beklagten die Lieferung der Gutscheine. Die von der Beklagten dargestellten Anrechnungen und Vorteile erfüllen keinen Selbstzweck wie eine Dienstleistung, sondern ermöglichen es der Klägerin nur unter Umständen, die bestellten Gutscheine günstiger zu beziehen. Die Hauptleistungspflicht der Beklagten bleibt hievon aber unberührt, sodass entgegen den Ausführungen der Beklagten nicht von einer Dienstleistung, sondern von einem Vertrag über eine Warenlieferung auszugehen ist. Dementsprechend wurde der Lauf der Rücktrittsfrist noch nicht ausgelöst, da unstrittig die bestellten Gutscheine noch nicht geliefert wurden. Der von der Klägerin erklärte Rücktritt erfolgte daher rechtzeitig.

Soweit sich die Beklagte auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestands des § 5f Abs 1 Z 3 KSchG beruft (Waren, die nach Kundenspezifikationen angefertigt werden, die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind, die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum überschritten würde), verkennt sie neuerlich den Vertragsgegenstand und ihre Hauptleistungspflicht, auf die abzustellen ist. Inwieweit die bestellten Warengutscheine diese Voraussetzungen erfüllen, konnte die Beklagte nicht schlüssig darlegen. Selbst wenn man nicht nur die Hauptleistung berücksichtigen würde, sondern auch sonstige vertragliche Nebenleistungen wie die Einstufungen im Vergütungsmodell der Beklagten, so ist wohl davon auszugehen, dass dieses computerunterstützt verwaltet wird und es keine großen Umstände bereitet, die Eintragungen entsprechend zu korrigieren. Ein Beweisverfahren dazu war schon deshalb nicht abzuführen, da das Vorbringen der Beklagten dazu nicht ausreichte und überdies, da die zur Parteienvernehmung geladenen Personen unentschuldigt nicht erschienen.

Die Klägerin trat somit im Ergebnis wirksam von den mit der beklagten Partei geschlossenen Verträgen zurück und begehrt zu Recht die Rückabwicklung der erbrachten Leistungen. Nach Saldierung mit den lukrierten Vorteilen und Anrechnung der von der Beklagten geleisteten Zahlung besteht der geltend gemachte Anspruch zu Recht. Es handelt sich dabei um die kapitalisierten Zinsen, die nach § 1000 Abs 1 ABGB zustanden. Die Vorschriften des ABGB über die gesetzlichen Zinsen gelangen nämlich auch im Bereich der Rückabwicklung von im Fernabsatz geschlossenen Verträgen zur Anwendung (vgl. *Zankl, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), ecolex 2000, 416 ff*).

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 Abs 1 und 43 Abs 2 ZPO. Es waren drei Verfahrensabschnitte zu bilden, und zwar der erste von Klagseinbringung bis zur Klagseinschränkung ON 3, der zweite sodann bis zur Klagseinschränkung ON 14 und der dritte bis zum Schluss der Verhandlung. Die Einschränkung der Klage aufgrund der Zahlung der Beklagten nach Klagseinbringung schadet der Klägerin nicht, sie ist insofern als

obsiegend anzusehen. Allerdings hätten die sonstigen Zahlungen in Höhe von EUR 36,11 von der Klägerin bereits bei Klagseinbringung berücksichtigt werden müssen. Insoweit ist die Klägerin in den ersten beiden Verfahrensabschnitten daher unterlegen. Nachdem dieser Betrag aber lediglich einen völlig unbedeutenden Anteil am Gesamtstreitwert hatte (0,13% im ersten Abschnitt bzw. 1,36% im zweiten Abschnitt) und keinen nennenswerten zusätzlichen Verfahrensaufwand notwendig machte, war der Klägerin gemäß § 43 Abs 2 ZPO voller Kostenersatz auf Basis des zugesprochenen Betrags zuzuerkennen war. Nachdem damit keine Tarifsprünge einhergehen, mussten die Beträge in der Kostennote nicht korrigiert werden. Da gegen die unmittelbar vor Schluss der Verhandlung dem Gericht und der Beklagten vorgelegte Kostennote keine Einwendungen erhoben wurden, musste diese trotz verzeichneter nicht honorabler Leistungen mangels amtswegig aufgreifbarer Unrichtigkeiten der Kostenentscheidung zu Grunde gelegt werden (§ 54 Abs 1a ZPO).

Handelsgericht Wien
Wien, 28.3.2014

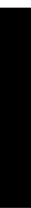
Andreas Pablik, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

**SCHULDNERKONTO FÜR AKT ARNHOF-LYONESS-1/13 : D.A.S. VERSICHERUNG POLIZZENNUMMER 0314391 PER
12.03.2014**

Forderungsbeleg(e): "Gutscheinzahlung Afrika Middle East", "Businesspaket"

1.Mandant:



1.Gegner: Lyoneess Europe AG

Datum	Text.	Zahlung gesamt	Nr	Forderung	Zahlung	Zinsen	Zahlung.	Kz.	Nr	Kosten	Zahlung
06.05.11	"Businesspaket"		2	2.005,00							
11.05.11	"Gutscheinzahlung Afrika Middle East"		1	25.000,00							
22.01.12	Zinsen bis 22.01.2012					761,68					
22.01.12	lt. Schriftsatz vom 31.01.2014	5,20									
23.10.12	Zinsen bis 23.10.2012					1.570,32	5,20				
23.10.12	lt. Schriftsatz vom 31.01.2014	11,58									
02.04.13	Zinsen bis 02.04.2013					2.035,22	11,58				
02.04.13	lt. Schriftsatz vom 30.01.2014	19,33									
31.10.13	Zinsen bis 31.10.2013					2.643,29	19,33				
31.10.13	Zahlung von Lyoneess gem. § 1416 ABG gewidmet	27.000,00			24.356,71		2.643,29				
12.03.14	Zinsen bis 12.03.2014					38,31					
	S u m m e n	27.036,11		27.005,00	24.356,71	2.717,71	2.679,40			0,00	0,00
	S a l d e n			2.648,29		38,31				0,00	
Gesamtsaldo: € 2.686,60		Zinsen pro Tag: € 0,29									

Detaillierte Zahlungsaufstellung:

Zahlung Nr.	Datum	Zahlungsbetrag	Bezeichnung	Widmung auf	Widmungsbetrag
3	22.01.2012	5,20	lt. Schriftsatz vom 31.01.2014	Zinsen 2: 06.05.2011: "Businesspaket"	5,20
2	23.10.2012	11,58	lt. Schriftsatz vom 31.01.2014	Zinsen 2: 06.05.2011: "Businesspaket"	11,58
4	02.04.2013	19,33	lt. Schriftsatz vom 30.01.2014	Zinsen 2: 06.05.2011: "Businesspaket"	19,33
1	31.10.2013	27.000,00	Zahlung von Lyoneess gem. § 1416 ABG gewidmet	Forderung 1: 11.05.2011: "Gutscheinzahlung Afrika Middle East"	22.351,71
				Forderung 2: 06.05.2011: "Businesspaket"	2.005,00
				Zinsen 1: 11.05.2011: "Gutscheinzahlung Afrika Middle East"	2.479,45
				Zinsen 2: 06.05.2011: "Businesspaket"	163,84